



Considerações sobre as alterações promovidas pela Lei 12.403/2011 no Código de Processo Penal

Autor: Tiago do Carmo Martins

Juiz Federal Substituto

publicado em 30.04.2013

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Sumário: Introdução. 1 Espécies de prisão cautelar. 2 Prisão em flagrante. 3 Prisão preventiva. 4 Liberdade provisória e fiança. 5 Outras questões relevantes. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

A liberdade é um dos direitos individuais mais caros aos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo. Não por outra razão, sua salvaguarda tem sido objeto de preocupação constante, desde tempos remotos. Note-se, por exemplo, que o instituto do *habeas corpus* remonta, segundo teoria mais aceita, ao ano de 1215, por ocasião da promulgação da Magna Carta do Rei João Sem Terra (João I de Inglaterra).

Todavia, existe constante tensão entre este direito fundamental e outras prerrogativas, sobretudo de índole coletiva, como a manutenção da ordem, a preservação da segurança jurídica e o interesse da persecução penal.

Um dos pontos de interseção mais evidentes entre tais valores se mostra nos casos de prisão antecipada, assim entendida aquela que não decorre de uma condenação transitada em julgado, de que são exemplares, em nosso ordenamento, a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária.

Essa seara, objeto de intensas controvérsias doutrinárias e de infindáveis questionamentos judiciais, foi contemplada com um novo remédio, a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, a qual se propõe a, senão reduzir, pelo menos melhor reger o permanente embate entre liberdade e prisão provisória, prevendo, inclusive, medidas alternativas à decretação da prisão preventiva.

O presente estudo objetiva, dessarte, analisar as principais inovações decorrentes da novel legislação, com vistas a, no final, emitir juízo crítico sobre sua pertinência aos fins que nortearam sua edição.

1 Espécies de prisão cautelar

Prisão cautelar é gênero que engloba as espécies legalmente admissíveis de prisão antecipada, ou seja, que não decorre de condenação transitada em julgado.

Na linha do que já havia estabelecido o Supremo Tribunal Federal,⁽¹⁾ o Código de Processo Penal passou a ter por inadmissível a execução provisória da sentença penal condenatória, só admitindo a segregação da liberdade, sem a condenação definitiva, em decorrência de flagrante delito ou de prisão temporária ou preventiva (art. 283).⁽²⁾

Das três espécies mencionadas, cuidou a Lei 12.403/2011 apenas da prisão em flagrante e da prisão preventiva, remanescendo intacto o regime da prisão temporária, tal qual disciplinado na Lei 7.960/89.

2 Prisão em flagrante

A principal inovação na seara da prisão em flagrante é mais conceitual que operacional. Com efeito, a nova redação do art. 310 estabelece três opções possíveis ao juiz, por ocasião do recebimento do auto de prisão em flagrante. São elas: o relaxamento da prisão, quando ilegal; sua conversão em prisão preventiva, quando presentes os respectivos pressupostos; ou a concessão de liberdade provisória, acompanhada ou não de fiança.

Desse modo, consoante preleção de Pierpaolo Cruz Bottini,(3) restou aclarada a

“impossibilidade da coexistência, no mesmo processo, da prisão em flagrante e da prisão preventiva. Com isso, com exceção dos casos de prisão temporária (hipóteses da Lei 7.960/89), o réu privado de liberdade no processo ou está preso em virtude do flagrante – situação efêmera que dura no máximo 24 horas, até a primeira apreciação judicial – ou em prisão preventiva, que evita a estranha, inusitada, mas recorrente situação anterior, na qual o Magistrado revogava a prisão preventiva pela ausência dos requisitos do art. 312 e o réu continuava preso pelo flagrante inicial.”

Logo, consoante disciplina trazida pela Lei 12.403/2011, a prisão em flagrante não poderá se protrair no tempo, devendo o juiz, tão logo receba o auto respectivo (o que deve ser providenciado pela autoridade policial em até 24 horas após a prisão – art. 306, § 1º), deliberar sobre seu relaxamento ou, não havendo ilegalidade a macular o auto,(4) decretar a prisão preventiva, caso estejam presentes os requisitos necessários e as circunstâncias não indiquem a adoção de outra medida cautelar diversa da prisão.

Afora isso, a segregação da liberdade deve cessar, mediante concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (ou outra cautela, consoante autoriza o art. 321), opção a ser feita segundo as especificidades do caso e do flagrado, tendo-se em conta a necessidade de um maior estímulo a lhe vincular ao processo.

O art. 306 incluiu o Ministério Público no rol de autoridades e pessoas a serem comunicadas do flagrante. Além disso, inovação relevante diz com a imposição de comunicação do flagrante à Defensoria Pública sempre que o preso não tenha defensor constituído (art. 306, § 2º), providência que tem por escopo evitar que seja o flagrado “esquecido” em uma delegacia, sem que receba a necessária e imprescindível assistência jurídica que lhe é devida.

3 Prisão preventiva

Importantes inovações foram engendradas, inclusive algumas que extrapolam a seara exclusiva da prisão preventiva, pois traduzem regramentos gerais atinentes ao conjunto das cautelares pessoais.

Nesse norte, tem-se a nova redação do art. 282,(5) que estabelece como parâmetros de aplicação das medidas cautelares os baluartes da **necessidade** e da **adequação**.

Dessarte, ao se deparar com a contingência de acautelar o processo, mediante decretação de prisão preventiva ou outra cautelar, deverá o juiz analisar, “por primeiro, se há necessidade de tal medida e, sendo imprescindível sua imposição, em um segundo momento, buscar, entre as medidas possíveis, a mais adequada, entendida esta como a que importe uma restrição menos gravosa ao direito do acusado de ser afetado pela medida cautelar”.(6)

A necessidade, segundo a nova redação do Código, revela-se no impositivo da medida para resguardo da aplicação da lei penal, no interesse da investigação ou instrução criminal ou para evitar a reiteração criminosa.

Existindo um desses fundamentos, a escolha da cautelar deve estar adequada à **gravidade do crime, ao fato em si e à pessoa que será submetida à medida**, e também atentar à circunstância de que, **não sendo cominada pena**

privativa de liberdade ao fato criminoso, não é cabível medida cautelar (CPP, art. 283, § 1º), devendo o réu ser solto, independentemente de fiança.(7)

Com efeito, os vetores da necessidade e da adequação acabam por criar uma escala entre as diversas cautelares previstas no Diploma Processual Penal, ou “uma ordem ‘preferencial’ no momento da decretação de medidas cautelares, reservando a prisão preventiva para as circunstâncias indicadoras de maior risco à efetividade do processo ou de reiteração criminosa”.(8)

Em relação ao procedimento para decretação das medidas cautelares,

“podem ser pleiteadas tanto na fase da investigação quanto depois de instalada a relação processual penal. Com isso, como regra, por não dependerem de anterior prisão em flagrante para a sua imposição, são consideradas autônomas, em que pese possam também ser consideradas substitutivas dessa, quando não for cabível a prisão preventiva (conforme dispõe o art. 321).”(9)

Outro ponto digno de nota é o estabelecimento de contraditório prévio à decretação da medida cautelar,(10) sempre que isto não venha a inviabilizar a providência, o que ocorrerá nas hipóteses de urgência na decretação ou de ineficácia da medida, caso levada ao conhecimento de quem a ela se sujeitar.

Com efeito, por ser a urgência inerente à cautelaridade e o risco de ineficácia do provimento uma potencial realidade na grande maioria dos casos,(11) “o maior espaço para o contraditório surgirá nos casos em que é pedida a substituição, a cumulação ou mesmo a revogação da medida e a decretação da preventiva”.(12)

No que toca especificamente à prisão preventiva, deve-se assentar a possibilidade de sua decretação de ofício, desde que no curso do processo penal, afastada essa hipótese quando se estiver, ainda, na fase do inquérito.(13)

A respeito do tema, leciona Amaral:(14)

“A inovação não parou por aí. Pelo art. 306, acerca da comunicação da prisão, até então, no instante da sua realização, esta deveria ser comunicada ao juiz competente, à família ou à pessoa indicada pelo preso. Nesse rol, a lei incluiu o Ministério Público. Tal inclusão guarda relação com o fato de não poder o juiz decretar de ofício medida cautelar ao menos na fase pré-processual – antes de se tornar ‘presidente do processo’ diante do recebimento da denúncia –, sob pena de se converter em um juiz-acusador, rompendo com sua imparcialidade com relação ao objeto do processo (...).”

Acerca do cabimento da prisão preventiva, importantes alterações foram engendradas.

Os requisitos fáticos e normativos para a decretação desta espécie de prisão seguem os mesmos, quais sejam, a garantia da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal ou o acautelamento da aplicação da lei penal, desde que presentes prova da ocorrência do crime e indícios bastantes de autoria.

A inovação fica por conta de “requisito adicional para a decretação da preventiva, inexistente na redação anterior: a demonstração da ineficácia ou da impossibilidade de aplicação de qualquer outra cautelar para alcançar os fins estabelecidos no caput do art. 312”,(15) consoante se extrai do vetor da **necessidade** (art. 282, I) e da disposição constante do parágrafo sexto do art. 282.(16)

No tocante à decretação da prisão preventiva com supedâneo na salvaguarda da ordem pública ou econômica, objeto de frequentes críticas doutrinárias, sobretudo no que tange à imposição da prisão para arrefecimento do clamor social, Bottini sustenta ser necessária uma releitura desse pressuposto fático, decorrente da necessária conjugação do art. 312 com os ditames do art. 282, I.

Desse modo, apregoa que “o abalo à ordem pública e econômica é

exclusivamente constatado pela presença de elementos objetivos e indicativos da periculosidade do agente, de sua disposição para a continuidade delitiva”.(17)

Já o art. 313 passou a dispor que somente será admissível a segregação quando: (1) o crime for doloso e sua pena máxima supere 4 anos; (2) for o acusado reincidente em crime doloso; (3) “o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”; ou (4) caso exista dúvida sobre a identidade civil do suspeito, enquanto esta perdurar.(18)

Além dessas situações, “deve ser acrescida a possibilidade de se decretar prisão preventiva quando não forem adequadas (...) as medidas cautelares e estiverem presentes os requisitos do art. 312 do CPP”.(19)

Essa observação é pertinente, haja vista que o Código calca a decretação das cautelares pessoais, aí incluída a prisão preventiva, nos alicerces da **necessidade** e da **adequação**, podendo haver casos em que, mesmo diante de um delito apenado com pena máxima igual ou inferior a 4 anos, a prisão se faça necessária.

No ponto, percuciente a análise de Gomes:(20)

“Isso porque, nos crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a 4 anos, *a priori* não seria admitida a prisão preventiva. Entretanto, tal restrição pode ser bastante prejudicial no caso concreto, posto que crimes punidos pelo Código Penal com pena máxima de 3 (três) anos, como sequestro e cárcere privado (art. 184), ou 4 (quatro) anos, por exemplo furto e receptação (arts. 155 e 180), não são considerados de menor potencial ofensivo e, portanto, pode haver necessidade de se acautelar a investigação ou o processo.”

Além disso, é válida a decretação da preventiva por descumprimento de outra medida cautelar,(21) hipótese em que não será necessária a análise dos requisitos insertos no *caput* do art. 312 do CPP nem a verificação dos vetores descritos no art. 313.

No ponto, esclarece Amaral(22) que, “nas duas primeiras hipóteses [sendo a primeira a decretação da preventiva de modo autônomo, com base no art. 311, e a segunda a decorrente de conversão da prisão em flagrante], a decretação da prisão preventiva dependerá da presença das hipóteses fáticas e normativas do art. 312, bem como daquelas do art. 313, enquanto, na última [em substituição à outra cautelar descumprida], não se exigirá a presença destas últimas”.

Em sentido oposto, Bottini(23) sustenta que, mesmo na hipótese de descumprimento de cautelar anteriormente arbitrada, a sua conversão em prisão preventiva só pode se dar em observância ao art. 313, por falta de ressalva expressa na lei afastando a incidência do citado dispositivo.

Contudo, interpretação sistemática das novéis disposições, especialmente a conjugação do art. 282, § 4º,(24) com o art. 312, parágrafo único, aponta para possibilidade de conversão da anterior cautelar em prisão preventiva, desde que tal se mostre necessário e adequado ao resguardo da investigação ou do processo penal.

Solução diversa importaria em desprestígio e ineficácia de todo o sistema de cautelares pessoais, uma vez que se teria um sistema pautado em deveres cujo descumprimento não geraria qualquer sanção.

4 Liberdade provisória e fiança

O art. 310 trata da liberdade provisória, com ou sem fiança, como uma das medidas que sucedem a prisão em flagrante. Na escala ali contemplada, não sendo caso de ilegalidade do flagrante, a ensejar seu relaxamento, terá cabimento a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, se a decretação da prisão preventiva for despicienda, por ausência de necessidade ou de adequação.

Impende frisar que a prisão preventiva é providência que constitui a *ultima ratio*(25) em sede de cautelares processuais, de modo que, antes de avaliar seu cabimento, haverá o juiz de perquirir sobre a viabilidade da imposição de outra medida, menos severa, que sirva ao propósito de acautelar a investigação ou o processo penal, ou mesmo para evitar a prática de novas infrações (art. 282, I). Tal é a interpretação que decorre do art. 282, parágrafos 4º e 6º.

Cumpra, nessa quadra, lembrar que a liberdade provisória, ao substituir, nas hipóteses legais, a prisão em flagrante, e por impor também determinadas restrições ao indivíduo a ela sujeito, assume feição nitidamente cautelar, como bem esclarece Oliveira:(26)

“E por isso entendemos que a liberdade provisória, seja com fiança ou sem ela, somente tem cabimento a partir da prisão em flagrante, e encontra nessa (prisão em flagrante) a sua legitimação. É a situação do flagrante em si, com toda sua carga probatória, que irá justificar a aplicação de outras medidas cautelares ao aprisionado. Nesse sentido é que se poderia dizer que a liberdade provisória substitui a prisão em flagrante, conforme se vê na doutrina.”

O art. 321 do CPP(27) passa a dispor que a liberdade provisória só tem lugar se ausentes os pressupostos da prisão preventiva. A nova disposição torna regra interpretação doutrinária e jurisprudencial existente antes dessa alteração legislativa, segundo a qual, com base no que dispunha o anterior art. 310, parágrafo único, do CPP, haveria um sistema de vasos comunicantes entre os institutos da liberdade provisória e da prisão preventiva, de modo a ser impositiva a primeira quando não evidenciados os elementos do art. 312 do mesmo estatuto.(28)

Já a fiança é prevista como uma das medidas cautelares que poderá, conforme as especificidades do fato e as condições pessoais do agente, acompanhar a concessão de liberdade provisória. A cautela tem cabimento sempre que for necessário impor ao acusado maior estímulo para “assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial” (art. 319, VIII).

É de se frisar, contudo, que a liberdade provisória pode ser concedida na companhia de outra ou outras das cautelas previstas no art. 319, ou mesmo sem qualquer delas, dependendo a opção da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do indiciado ou acusado, conforme estatui o art. 282, II.

No novo sistema estabelecido pela Lei 12.403/2011, passa a ser possível a imposição de fiança mesmo na ausência dos pressupostos da prisão preventiva, de modo que “deve ser destacada a reabilitação da fiança, que passa a ser cautelar autônoma e exigível mesmo na ausência dos requisitos da prisão preventiva, superando as dificuldades interpretativas advindas do antigo parágrafo único do art. 310”.(29)

Outra inovação importante diz com a possibilidade de a autoridade policial arbitrar fiança, agora não mais ancorada na modalidade de pena prevista à infração (prisão simples ou detenção), porém tendo como parâmetro a pena máxima cominada à infração: “Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos”.

É de se notar também a instituição de novos parâmetros para arbitramento do valor da fiança (art. 325)(30), bem como a explicitação dos casos de inafiançabilidade (arts. 323 e 324)(31).

Neste particular, há de se registrar o dissídio que cerca a interpretação do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que proclama serem “crimes inafiançáveis (...) a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”.

A controvérsia reside na aceção a ser dada ao termo **inafiançáveis**, sustentando-se, de um lado, que para tais crimes resta vedada a própria

concessão de liberdade provisória,(32) enquanto, sob outra ótica, há quem sustente uma interpretação literal da expressão, de modo que ficaria vedada apenas a concessão de fiança, mas remanesceria a possibilidade de concessão de liberdade provisória, desde que sem fiança.(33)

A vingar a segunda posição, contudo, ter-se-ia, em realidade, a concessão de benesse aos acusados por crimes ditos hediondos, portanto mais graves, o que parece não estar em conformidade com o maior desvalor conferido pelo Constituinte a essa categoria de delitos.

Finalmente, registre-se a possibilidade de concessão de ofício da fiança pelo magistrado, com supedâneo no art. 282, § 2º, do CPP.

5 Outras questões relevantes

A impugnação à decretação de cautelar pessoal substitutiva da prisão preventiva, tema não explicitado pelo Legislador na reforma, deve ser veiculada pela via do *habeas corpus*, já que eventual descumprimento da medida gera sua substituição pela prisão preventiva (art. 282, § 4º, do CPP), o que implica ameaça potencial ao direito de locomoção.(34)

Sustenta Amaral(35) o cabimento do recurso em sentido estrito, com fundamento no art. 581, V, do CPP. Entretanto, afora quanto à fiança, a hipótese parece não caber na taxatividade do citado dispositivo.

De outro norte, Bottini apregoa ser devida a detração do período de cumprimento de cautelar diversa da prisão, a argumento de que “deve o instituto ser estendido a qualquer hipótese de intervenção do Estado em direitos do cidadão, seja a liberdade de locomoção, seja outro qualquer”.(36)

Contudo, a detração tem por critério a efetiva segregação da liberdade, seja por cumprimento de pena privativa de liberdade, por prisão provisória ou mesmo por internação (Código Penal, art. 42), de modo que, seguindo o critério da legalidade, somente eventual prisão domiciliar (arts. 317 e 318 do CPP)(37) ou internação provisória (art. 319, VII, do CPP) haveriam de ensejar a benesse.

Essa solução também é consentânea com a razoabilidade, pois detrair da pena a cumprir o período em que o acusado ficou, por exemplo, com o passaporte retido (art. 320) importaria em benefício excessivo, com repercussão na própria credibilidade do sistema.

No que concerne, finalmente, à prisão domiciliar, deve-se atentar para o fato de que tem lugar apenas em hipóteses excepcionais, relacionadas à maior fragilidade do agente ou de pessoa confiada a seu cuidado (art. 318 do CPP).

Como bem observa Gomes, essa modalidade de prisão encontra barreira para sua efetividade, qual seja, “enormes dificuldades para controle do cumprimento dessa prisão cautelar”, o que “tem suscitado a possibilidade deste ser efetuado por meio do uso de tornozeleiras (monitoramento eletrônico previsto na Lei nº 12.258/10)”.

Conclusão

As inovações procedidas pela Lei 12.403/2011 se revelam fundamentais para a aplicação do processo penal de modo mais condizente com os propósitos da Magna Carta de 1988, especialmente no que tange ao maior compromisso que o Código de Processo Penal passa a ter com a presunção de inocência, já que se tornou evidente o caráter excepcional da segregação cautelar da liberdade.

De outra banda, muitas das medidas instituídas esbarrarão em grandes dificuldades, algumas decorrentes de seu próprio caráter inovador, e outras também em virtude das questões operacionais envolvidas na criação de mecanismos de controle do cumprimento.

Aos operadores do Direito caberá, dessarte, dar a essas alvissareiras disposições a coloração que as faça pender para a consecução de um processo penal que, conquanto efetivo, não seja impositivo de gravames desnecessários aos seus

atores.

Referências bibliográficas

AMARAL, Juliana Jobim do. A Lei nº 12.403/11: novos e velhos problemas. **Revista Jurídica**, n. 404, jun. 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: impossibilidade de decretação de medidas atípicas. **Revista do Advogado**, n. 113, set. 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas Cautelares Penais: Lei 12.403/2011. **Revista do Advogado**, n. 113, set. 2011.

GOMES, Fernanda Maria Alves. Medida cautelar pode ser aplicada acompanhada. **Revista Jurídica Consulex**, n. 345, jun. 2011.

LOPES JR., Aury. Reflexão crítica à Lei 12.403/11. **Boletim IBCCRIM**, n. 223, jun. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. [prefácio do Ministro Celso de Mello]. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso. **Direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Notas

1. “EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA ‘EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA’. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que ‘[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença’. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se pode visualizá-la de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso, a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito do acusado de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos ‘crimes hediondos’, exprimem muito bem o sentimento que Evandro Lins sintetizou na seguinte assertiva: ‘Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se

equipara um pouco ao próprio delinquente'. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei nº 2.364/61, que deu nova redação à Lei nº 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – 'a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças em caso de absolvição'. Daí por que a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida." (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05.02.2009, DJe-035 DIVULG 25.02.2010 PUBLIC 26.02.2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

2. "Com o fim da execução provisória na seara penal (agora expressa no art. 283), restam apenas três hipóteses de restrição da liberdade antes do trânsito em julgado da condenação: (i) prisão temporária (Lei nº 7.960/89), (ii) prisão em flagrante (CPP, art. 301) e (iii) prisão preventiva (CPP, art. 312), sem contar as conduções coercitivas, que alguns consideram prisão." (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas Cautelares Penais: Lei 12.403/2011. **Revista do Advogado**, n. 113, set. 2011, p. 114)

3. Ob. Cit., p. 115.

4. "Descabe o relaxamento da prisão em flagrante se não configurado qualquer vício de forma e substância no auto de prisão (...)" (TRF4, HC 5014793-21.2011.404.0000, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 16.11.2011)

5. "Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)"

6. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: impossibilidade de decretação de medidas atípicas. **Revista do Advogado**, n. 113, set. 2011, p. 73.

7. GOMES, Fernanda Maria Alves. Medida cautelar pode ser aplicada acompanhada. **Revista Jurídica Consulex**, n. 345, jun. 2011, p. 62-63.

8. AMARAL, Juliana Jobim do. A Lei nº 12.403/11: novos e velhos problemas. **Revista Jurídica**, n. 404, jun. 2011, p. 79-80.

9. AMARAL, Ob. Cit., p. 80.

10. "Art. 282. (...)

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)"

11. "(...) na prática, nada nos faz crer que o contraditório não será uma exceção, devido à 'urgência' e ao 'perigo de ineficácia da medida' – pressupostos de toda e qualquer medida que possua natureza cautelar, que não tardarão em aparecer como razões para afastá-lo." (AMARAL, Ob. Cit., p. 80)

12. LOPES JR, Aury. Reflexão crítica à Lei 12.403/11. **Boletim IBCCRIM**, n. 223, jun. 2011, p. 6.

13. "Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)"

14. Ob. Cit., p. 83.

15. BOTTINI, Ob. Cit., p. 115.

16. "Art. 282 (...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)"

17. Ob. Cit., p. 117-118.

18. "Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

IV – (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)"

19. GOMES, Ob. Cit., p. 63.

20. Ob. Cit., p. 63-64.

21. "Art. 312 (...)

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)"

22. Ob. Cit., p. 84-85.

23. Ob. Cit., p. 118-119.

24. "Art. 282 (...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)"

25. AMARAL, Ob. Cit., p. 80.

26. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 545.

27. "Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)"

28. OLIVEIRA, Ob. Cit., p. 551-555.

29. BOTTINI, Ob. Cit., p. 119.

30. "Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

a) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

b) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

c) (revogada). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

I – de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

II – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

I – dispensada, na forma do art. 350 deste Código; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

II – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

III – aumentada em até 1.000 (mil) vezes. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)"

31. "Art. 323. Não será concedida fiança: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

I – nos crimes de racismo; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

II – nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

III – nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

IV – (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

V – (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

I – aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

II – em caso de prisão civil ou militar; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

III – (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011)

IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)"

32. "Aos acusados pela prática de crimes hediondos é vedada a liberdade provisória, nos termos do inciso II do art. 2º da Lei 8.072/1990. Dispositivo que dá concretização ao mandamento constitucional do inciso XLIII do art. 5º, no

sentido de serem inafiançáveis os crimes hediondos e o tráfico ilícito de entorpecentes." (STF, HC 89.286-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 15.08.2006, Primeira Turma, DJ de 27.04.2007)

"A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela CR à legislação ordinária (CR, art. 5º, XLIII): Precedentes. O art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a CR determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei 11.464/2007, que, ao retirar a expressão 'e liberdade provisória' do art. 2º, II, da Lei 8.072/1990, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência deste Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer daqueles delitos. A Lei 11.464/2007 não poderia alcançar o delito de tráfico de drogas, cuja disciplina já constava de lei especial (Lei 11.343/2006, art. 44, *caput*), aplicável ao caso vertente. Irrelevância da existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão em flagrante por crimes hediondos ou equiparados: Precedentes. Litude da decisão proferida com fundamento no art. 5º, XLIII, da CR e no art. 44 da Lei 11.343/2006, que a jurisprudência deste Supremo Tribunal considera suficiente para impedir a concessão de liberdade provisória." (STF, HC 93.302, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25.03.2008, Primeira Turma, DJE de 09.05.2008.) No mesmo sentido: HC 102.036, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29.06.2010, Primeira Turma, DJE de 13.08.2010; HC 102.558, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 09.02.2010, Segunda Turma, DJE de 12.03.2010; HC 101.259, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 1º.12.2009, Primeira Turma, DJE de 05.02.2010; HC 97.059, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19.05.2009, Primeira Turma, DJE de 19.06.2009; HC 95.539, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25.11.2008, Segunda Turma, DJE de 24.04.2009; HC 92.495, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 27.05.2008, Segunda Turma, DJE de 13.06.2008; HC 93.940, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 06.05.2008, Primeira Turma, DJE de 06.06.2008. Em sentido contrário: HC 100.185, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 08.06.2010, Segunda Turma, DJE de 06.08.2010; HC 100.742, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 03.11.2009, Segunda Turma, DJE de 1º.09.2011; HC 101.505, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15.12.2009, Segunda Turma, DJE de 12.02.2010. Vide: HC 99.717, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9.11.2010, Primeira Turma, DJE de 25.11.2010.

33. "Tráfico de entorpecentes. (...) Prisão em flagrante. Óbice ao apelo em liberdade. Inconstitucionalidade: necessidade de adequação do preceito veiculado pelo art. 44 da Lei 11.343/2006 e do art. 5º, XLII, aos arts. 1º, III, e 5º, LIV e LVII, da CB. (...) Apelação em liberdade negada sob o fundamento de que o art. 44 da Lei 11.343/2006 veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes. Entendimento respaldado na inafiançabilidade desse crime, estabelecida no art. 5º, XLIII, da CB. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no art. 5º, XLIII, da CB. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o art. 5º, XLIII, estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. A inafiançabilidade não pode e não deve – considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal – constituir causa impeditiva da liberdade provisória. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação *ante tempus*. Impõe-se,

porém, ao Juiz, nesse caso, o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso cautelarmente, assim permanecendo.” (STF, HC 101.505, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15.12.2009, Segunda Turma, DJE de 12.02.2010) No mesmo sentido: HC 100.185, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 08.06.2010, Segunda Turma, DJE de 06.08.2010; HC 100.742, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 03.11.2009, Segunda Turma, DJE de 1º.09.2011; HC 101.055, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 03.11.2009, Segunda Turma, DJE de 18.12.2009; HC 100.362-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º.09.2009, DJE de 07.10.2009. Em sentido contrário: HC 108.652, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 09.08.2011, Primeira Turma, DJE de 08.09.2011; HC 93.229, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 1º.04.2008, Primeira Turma, DJE de 25.04.2008. Vide: HC 99.717, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 09.11.2010, Primeira Turma, DJE de 25.11.2010; HC 101.719, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 09.03.2010, Segunda Turma, DJE de 07.05.2010.

34. BOTTINI. Ob. Cit., p. 119.

35. Ob. Cit., p. 90.

36. Ob. Cit., p. 120.

37. “Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

I – maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)”

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

MARTINS, Tiago do Carmo. Considerações sobre as alterações promovidas pela Lei 12.403/2011 no Código de Processo Penal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 53, abr. 2013. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao053/Tiago_Martins.html>

Acesso em: 22 maio 2013.